

LA INSUFICIENTE INCORPORACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

SUMARIO: I. DERECHO ESPAÑOL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA VERSUS DERECHO COMUNITARIO. CRÓNICA DE UN REITERADO DESENCUENTRO.— II. LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: 1. El obligado cambio de enfoque desde el que analizar y aplicar la legislación de contratos. 2. La diferenciación entre las reformas introducidas en la LCSP por exigencia del Derecho comunitario o por decisión del legislador español. 3. La terminología, las definiciones y las regulaciones reproducidas de la Directiva 2004/18: oferta económicamente más ventajosa, oferta anormal o desproporcionada, definición de los contratos típicos, técnicas para la racionalización de la contratación, subastas electrónicas y diálogo competitivo. 4. La adecuada aunque limitada introducción de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos de contratación. 5. Los ámbitos más cuestionables por la falta de adecuación de la LCSP a las exigencias comunitarias: A) La tan compleja como artificiosa construcción subjetiva del artículo 3. B) El muy limitado recurso especial en materia de contratación. C) El riesgo de huida de los principios generales por la amplia posibilidad de utilización de procedimientos de contratación de carácter excepcional y por la masiva aprobación de instrucciones internas de contratación. D) La nueva categoría de los contratos sujetos a regulación armonizada y su contradictoria virtualidad. Cuestionamiento desde la óptica del Derecho comunitario europeo.— III. EL EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA.— IV. LA OBLIGACIÓN DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO CONFORME AL DERECHO COMUNITARIO. LA ESPECIAL RELEVANCIA DE ESTA EXIGENCIA PARA APLICAR LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA BASADOS EN EL DERECHO EUROPEO.

RESUMEN: El trabajo analiza cómo se ha procedido a la incorporación del Derecho comunitario europeo en la Ley de Contratos del Sector Público. Se estudia la decisiva influencia de la Directiva 2004/18 y de la jurisprudencia comunitaria en la nueva regulación española y, sobre todo, los ámbitos más cuestionables por la falta de adecuación de la LCSP a las exigencias europeas. En este sentido, se critica la construcción subjetiva del artículo 3, el limitado recurso especial en materia de contratación, el riesgo de huida de los principios generales y la nueva categoría de los contratos sujetos a regulación armonizada.

Se concluye resaltando la necesidad de que se respete la obligación de interpretación de la Ley de Contratos del Sector Público conforme al Derecho comunitario, en especial para aplicar los conceptos jurídicos indeterminados de la legislación española basados en el derecho europeo.

Palabras clave: contratos públicos; Derecho comunitario; principios generales; contratos sujetos a regulación armonizada.

ABSTRACT: The paper analyzes how it was carried to the incorporation of Public Procurement European Community law by Spanish Public Sector Procurement Law. Explores the crucial influence of the Directive 2004/18 and the European case law in the new Spanish regulations, and especially the most questionable for the inadequacy of the LCSP to EU requirements. In this sense, criticizing the subjective construction of article 3, limited special recourse on public procurement, the risk of escape of the general principles and the new category of contracts subject to the so-called harmonized regulation.

It concludes by emphasizing the need to respect the obligation of interpreting the Spanish Public Sector Procurement Law under Community law, in particular to implement the indeterminate legal concepts of Spanish legislation based on European law.

Key words: public procurement; European Law; general principles; contracts subject to the harmonized regulation.

I. DERECHO ESPAÑOL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA VERSUS DERECHO COMUNITARIO. CRÓNICA DE UN REITERADO DESENCUENTRO

Desde la entrada de España en las Comunidades Europeas en 1986, la normativa reguladora de los contratos públicos en nuestro país es en buena parte transposición de las directivas comunitarias sobre contratos públicos. Si la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) tuvo como principal razón de ser la incorporación a nuestro derecho de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), responde como objetivo primario a la necesidad para el Estado español de incorporación de las previsiones de la Directiva comunitaria 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Y también se puede decir lo mismo de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que incorpora las previsiones de la Directiva 2004/17/CE.

Sin embargo, la falta de cumplimiento adecuado del Derecho comunitario de la contratación pública ha sido una constante en nuestro país en los últimos años. Una muestra más de ello es que desde el 31 de enero de 2006, fecha en que vencía el plazo de trasposición de las Directivas 2004/18 y 2004/17, hasta la entrada en vigor de la LCSP y de la Ley de Contratos en los conocidos como sectores especiales en mayo de 2008 (1), el Estado español volvió a incumplir el Derecho comunitario de los contratos públicos. De hecho, en marzo de 2007 la Comisión europea decidió denunciar a nuestro país ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por no haber comunicado sus disposiciones nacionales de aplicación de las directivas comunitarias de contratación pública (2).

Pero llueve sobre mojado. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas había declarado ya anteriormente —durante la vigencia de la vieja Ley de Contratos del Estado de 1965— que la adaptación del Derecho español al Derecho comunitario constituía una obligación ineludible y urgente para el Estado español, que, mientras no incorporase a nuestro ordenamiento el contenido de las directivas comunitarias sobre contratación pública, estaba incumpliendo gravemente el Derecho comunitario. Así lo había señalado en su sentencia de 17-11-93 (asunto C-71/92, Comisión contra España), que condenó al Estado español por mantener en vigor toda una serie de disposiciones tanto de la Ley de Contratos del Estado de 1965 como de su Reglamento de 1975 que eran contrarias a la normativa comunitaria sobre contratos. En concreto, en el citado asunto la Comisión recurrió contra cerca de treinta disposiciones de la Ley y del Reglamento de Contratos, sobre la base de que creaban inseguridad jurídica y que, por tanto, no cumplían las exigencias formuladas por el Tribunal de Justicia para la correcta adaptación del Derecho interno a las directivas.

(1) Tanto la Ley 30/2008 como la 31/2008 entraron en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que se produjo el 31 de octubre de 2007.

(2) Recursos interpuestos el 30 de mayo de 2007 por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España (asuntos C-254/07 y C-255/07, publicados respectivamente en el DOUE C 170, de 21 de julio de 2007 y C 183, de 4 de agosto). La pretensión de la Comisión es que se declare que, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a la Directivas 2004/17 y 2004/18/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, y, en cualquier caso, al no haberlas comunicado a la Comisión, el Reino de España incumplió las obligaciones que le incumben en virtud de dichas directivas.

Sin que sirva de consuelo, la Comisión también denunció por el mismo motivo a Finlandia, Grecia, Luxemburgo, Portugal, Suecia y a Bélgica (asunto C-292/07).

Sobre el estado de trasposición de las Directivas comunitarias de contratos públicos 2004/17/CE y 2004/18/CE, véase TRYBUS, M. y MEDINA, T. (2007), «Unfinished Business: The State of Implementation of the New EC Public Procurement Directives in the Member States on February 1, 2007», *Public Procurement Law Review*, nº 4, pp. 89-118.

Antes de la aprobación de la LCAP de 1995, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo ya había condenado al Estado español en otras ocasiones por permitir la utilización del sistema de contratación directa en supuestos no permitidos por las directivas comunitarias. En concreto, en su Sentencia de 18 de marzo de 1992 el Tribunal declaró el incumplimiento por parte del Estado español de la Directiva 71/305/CEE, sobre los contratos públicos de obras, «al haber decidido el Rectorado de la Universidad Complutense de Madrid adjudicar por contratación directa las obras que tenían por objeto la ampliación y reforma de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología y de la Escuela de Trabajo Social», sin que concurriesen los motivos de urgencia alegados por la Universidad.

También en la Sentencia de 3 de mayo de 1994, el Tribunal declaró el incumplimiento por parte del Estado español de las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 77/62/CEE, «al exigir, en la legislación básica relativa a la Seguridad Social, que la Administración adjudique por procedimiento de contratación directa los contratos públicos de suministro de productos y especialidades farmacéuticas a las instituciones de la Seguridad Social, y adjudicar por contratación directa la casi totalidad de dichos suministros, omitiendo la publicación del anuncio de contratación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas».

Pasados más de tres años desde la aprobación de la LCAP en 1995, nuestro Parlamento aprobó la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones. Esta norma tuvo como objetivo inmediato la incorporación al Derecho español de la Directiva del Consejo 93/38/CEE, conocida en la jerga comunitaria como Directiva de contratación primero en los «sectores excluidos» (excluidos porque hasta la aprobación de la citada norma en esos sectores no se aplicaban las reglas comunitarias sobre contratos públicos), y luego en los sectores «especiales» o «de interés público» y la Directiva 92/13/CEE, de «recursos» en esos sectores. Como hubiera parecido lógico, la adaptación a nuestro ordenamiento jurídico de estas Directivas comunitarias no se realizó aprovechando la aprobación de la LCAP de 1995. En este sentido, en la exposición de motivos de la misma se justificaba la no incorporación a su texto del contenido de la Directiva 93/38/CEE «por el carácter privado de la mayor parte de las entidades a las que afecta» (apartado 1.2), así como porque nuestro país disponía todavía de plazo para incorporar la Directiva 93/38/CEE hasta el 1 de enero de 1997, mientras que para las Directivas sobre contratos de obras, suministros y servicios ya había agotado ampliamente su plazo de trasposición. Sin embargo, el plazo previsto por la Directiva 93/38 transcurrió de forma clara sin que se incorporara al Derecho interno, por lo que el Estado español volvió a incumplir el Derecho comunitario en la materia.

En 2003 se produjo la primera condena importante por la incorrecta adaptación española del ámbito subjetivo de aplicación de la normativa comunitaria sobre contratos, una cuestión que ha originado a partir de entonces graves pronunciamientos del máximo intérprete del Derecho comunitario contra España. En efecto, la sentencia de 15 de mayo condenó a España al no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la Directiva 89/665/CEE a las decisiones adoptadas por las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotadas de personalidad jurídica, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las administraciones públicas u otras entidades de Derecho público; en la sentencia el TJCE también advirtió que no era correcto el someter por regla general la posibilidad de que se tomen medidas cautelares en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras a la necesidad de interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora.

En parecidos términos, la sentencia de 16 de octubre de 2003 declaró el incumplimiento español al no someterse al conjunto de las disposiciones de la Directiva comunitaria de obras con ocasión de la licitación relativa a la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario Experimental de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A. (SIEPSA).

Con posterioridad, la trascendente sentencia de 13 de enero de 2005 también condenó a España al excluir del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a las entidades de Derecho privado que reúnan los requisitos recogidos en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, guiones primero, segundo y tercero, de las Directivas sobre contratos; al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del Texto Refundido los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas Directivas, y al permitir en los artículos 141, letra a), y 182, letras a) y g), del Texto Refundido que se recurra al procedimiento negociado en dos supuestos que no están contemplados en las citadas directivas (3).

(3) La sentencia del TJCE de 13 de enero de 2005 obligó a la inmediata reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a través del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de «reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública» [que incorporó en su título IV una modificación de los artículos 2.2, 3.1.c), 3.1.l), 141.a), 182.a), 210.a) y de la disposición adicional sexta del TRLCAP].

Más recientemente, la sentencia de 3 de abril de 2008, asunto C-444/06, Comisión contra España, ha terminado condenando a nuestro país por incumplir las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva «recursos», es decir, la 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación de un contrato a todos los licitadores y al no prever un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación de un contrato y su celebración.

Para el Tribunal, en la medida en que el acto de adjudicación implica de iure la celebración del contrato, resulta de ello que en España, con el régimen que se deriva del TRLCAP, la LRJPAC y la LJCA, la decisión de la entidad adjudicadora mediante la cual ésta elige, entre los licitadores, al adjudicatario no puede ser objeto de un recurso específico con anterioridad a la propia celebración del contrato. Además, la formalización del contrato no está sujeta a plazo mínimo alguno y puede llevarse a cabo en cuanto el adjudicatario haya acreditado la constitución de una garantía definitiva, exigiendo únicamente la legislación que dicha constitución tenga lugar a más tardar dentro de los quince días siguientes a la notificación de la adjudicación. Por lo tanto, la ejecución del contrato puede comenzar antes de que se hayan practicado todas las notificaciones de la adjudicación exigidas. De ello se desprende para el TJCE que, en determinados supuestos, no puede interponerse ningún recurso útil contra el acto de adjudicación antes de la ejecución misma del contrato, mientras que el objetivo de la Directiva sobre recursos consiste en garantizar que las decisiones ilícitas de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 74). La posibilidad de disponer de la facultad de interponer un recurso de anulación del propio contrato no puede compensar la imposibilidad de actuar contra el acto de adjudicación de éste por sí solo, antes de que se celebre el contrato.

II. LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

1. El obligado cambio de enfoque desde el que analizar y aplicar la legislación de contratos

La LCSP ha incorporado por fin en nuestro Derecho de la contratación pública el cambio de perspectiva que desde hace años había impuesto en este sector el Derecho comunitario y que sin embargo nuestra legislación se resistía a asumir plenamente (4). Así se explica que la nueva Ley defina en su troncal artículo 1 su objeto y finalidad por referencia a los principios generales de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos.

Frente a la tradición española, extendida hasta el TRLCAP, que resaltaba como objetivo fundamental de la normativa en la materia la garantía de los intereses públicos dentro del contrato, con una legislación basada en la figura del contrato administrativo y defensora de las prerrogativas públicas en los mismos, la LCSP se apoya directamente en el Derecho comunitario de la contratación pública y antepone a todos los demás objetivos asegurar la no discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada (5).

De acuerdo con el citado artículo 1 de la LCSP, la norma de cabecera de todo nuestro Derecho de la contratación pública, que se aplica además a todas las Administraciones y organismos y entidades públicas, junto a la garantía de la igualdad, publicidad y transparencia son novedosos objetivos de la norma «asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa».

(4) GARCÍA DE ENTERRÍA («Ámbito de aplicación de la Ley», en AAVV, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* —dirección GÓMEZ-FERRER MORANT—, Civitas, Madrid, 2ª ed., p. 82), ya había advertido tras analizar el ámbito aplicativo de la Ley de Contratos de 1995 que ésta no era una Ley de contratos administrativos y que la norma había sido adoptada, por influencia del Derecho comunitario, desde una óptica distinta de la tradicional en nuestro Derecho de contratos de la Administración.

(5) Véase al respecto, MEILÁN GIL, J.L., *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 93 y ss.

Se entiende por ello que cuando la LCSP señala en el párrafo 2 del citado artículo 1 que «es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar», reconoce el papel secundario y parcial de esta normativa con respecto a sus objetivos principales sentados en el párrafo anterior. De esta forma, las prerrogativas o cláusulas exorbitantes resultan sólo aplicables a algunos de los contratos públicos celebrados por las Administraciones públicas, los contratos administrativos típicos o especiales, no así a los contratos celebrados por los restantes poderes adjudicadores y entidades del sector público, que, por el contrario, sí están sujetos en todo caso a los principios generales de la contratación pública y por tanto al respeto de las reglas derivadas de la libre competencia (6).

En definitiva, los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, basados en reglas nacionales (7) y comunitarias (8) de naturaleza constitucional, prevalecen hoy de forma incuestionable sobre cualquier otra función de la normativa sobre contratación (9). Estos principios son en nuestros días el fundamento de todas las reglas públicas sobre contratos públicos y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias —frente, por ejemplo, a las Directivas europeas sobre contratos o al Acuerdo Mundial sobre Contratación Pública de la OMC, que regulan principalmente las fases de preparación y adjudicación de los contratos— (10).

(6) Las prerrogativas o cláusulas exorbitantes de la Administración en los contratos administrativos se recogen en el Capítulo II del Título I del Libro IV de la LCSP —artículos 194 y 195—.

(7) El Tribunal Constitucional ya había señalado en su sentencia de 22 de abril de 1993 que la normativa básica en materia de contratación administrativa tiene principalmente por objeto proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones Públicas.

(8) El Derecho europeo persigue como objetivo básico asegurar la transparencia, la objetividad y la no discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada. La prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad (artículo 12 del Tratado) es considerada por el Tribunal como el fundamento de todo el sistema de contratación pública a nivel comunitario (Sentencia de 22-6-1993, asunto C-243/89).

Véase PIÑAR MAÑAS, J.L.: «El Derecho comunitario de la contratación pública, marco de referencia de la nueva Ley», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, p. 50.

(9) Véase HUERGA LORA, A. (2005), «El Derecho español de contratos públicos y el Derecho comunitario», REDA nº 126, p. 234.

(10) De la tradicional preocupación del ordenamiento jurídico europeo por las fases preparatorias y de adjudicación del contrato (expresada en la aprobación desde 1971 de diversas Directivas, primero sobre procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras y suministros,

2. La diferenciación entre las reformas introducidas en la LCSP por exigencia del Derecho comunitario o por decisión del legislador español

En la incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública por la LCSP hay luces pero también significativas sombras.

Con carácter previo hay que advertir que la LCSP, pese a que reconoce en su preámbulo el carácter tributario de la misma con respecto al Derecho europeo, inmediatamente —en el tercer párrafo del considerando I de la exposición de motivos— plantea otros objetivos perseguidos con la nueva legislación que parece surgir como una iniciativa política «en respuesta a las peticiones formuladas desde múltiples instancias (administrativas, académicas, sociales y empresariales) de introducir mejoras en la misma y dar solución a ciertos problemas que la experiencia aplicativa de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha ido poniendo de relieve».

Pero han sido precisamente las reformas que no venían exigidas por el Derecho comunitario las que más problemas y dificultades de interpretación y aplicación han planteado tras la aprobación de la LCSP [véase el muy crítico Dictamen del Consejo de Estado 514/2006, de 25 de mayo de 2006 (11)]. Sin embargo, la incorporación de la Directiva 2004/18/CE a la LCSP se ha realizado para el Consejo de Estado, en general, de forma correcta en cuanto a técnica y contenido (12).

Ahora bien, el contraste de varias de las técnicas, figuras o soluciones adoptadas por la LCSP con el Derecho comunitario, integrado no sólo por las directivas sobre contratos sino también por la jurisprudencia del TJCE y, gra-

luego también de contratos de servicios, de procedimientos en los conocidos como sectores especiales y de recursos en todos estos procedimientos), está pasando en los últimos años a contemplar la previsión de condiciones especiales de ejecución del contrato (las disposiciones de la Directiva 2004/18 al respecto han sido incorporadas por el novedoso y de gran alcance práctico artículo 102 LCSP), a imponer obligaciones sobre el pago a los contratistas y subcontratistas (Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, incorporada al Derecho español por la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, ahora recogida en los artículos 200 y 211 LCSP), sobre duración de los contratos, régimen de las prórrogas y sobre modificaciones del contrato (para limitar notablemente su uso —como ha recogido el artículo 202 de la LCSP—, tras las observaciones al anteproyecto de LCSP de la Dirección General del Mercado Interior de la Comisión Europea emitidas el 12 de diciembre de 2006, en las que rechazaba la compatibilidad con el Derecho comunitario de la posibilidad de modificar el contrato por «necesidades nuevas»).

(11) Que advirtió los riesgos importantes que planteaba la nueva estructura de la Ley, las contradicciones y confusión de regímenes jurídicos entre contratos administrativos y contratos privados así como el complejo ámbito subjetivo establecido por el artículo 3.

(12) Apartado IV.2.b) del Dictamen 514/2006.

cias a ésta, por disposiciones de Derecho originario europeo, hace que no se pueda entender en modo alguno que todo el nuevo texto español se ajuste a todas las exigencias europeas.

3. La terminología, las definiciones y las regulaciones reproducidas de la Directiva 2004/18: oferta económicamente más ventajosa, oferta anormal o desproporcionada, definición de los contratos típicos, técnicas para la racionalización de la contratación, subastas electrónicas y diálogo competitivo

En la nueva LCSP se aprecia, con mucha mayor nitidez que en la LCAP y en el TRLCAP, la influencia comunitaria que va desde la misma terminología utilizada a las definiciones y regulaciones de diversas instituciones de la contratación pública.

Resulta muy significativo que la nueva Ley abandone incluso los tradicionales términos del Derecho español de los contratos administrativos de subasta y concurso y opte por introducir el concepto comunitario europeo de oferta económica más ventajosa. Así, el procedimiento abierto o restringido cuyo único criterio de adjudicación es el precio más bajo, será el equivalente a la subasta (el término subasta se reserva en la LCSP a las subastas electrónicas) y los procedimientos abiertos o restringidos donde se consideran varios criterios de selección operan en el texto igual que el concurso (término que ahora se utiliza para el concurso de proyectos que define el artículo 168 de la LCSP).

En la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público se llegó a aprobar una enmienda (13) a la propia exposición de motivos de la norma para aclarar que

«desde un punto de vista formal, se ha aprovechado para incorporar a nuestra legislación la terminología comunitaria de la contratación, con el fin de facilitar, ya desde el plano semántico, la interoperabilidad con los sistemas europeos de contratación. Esto ha supuesto el abandono de ciertas denominaciones tradicionales en nuestro derecho, que no de los correspondientes conceptos, que subsisten bajo nombres más ajustados al contexto europeo. En particular, los términos «concurso» y «subasta» —que en la legislación nacional se referían, de forma un tanto artificiosa, a «formas de adjudicación» del contrato como instrumento que debía utilizarse en conjunción con los «procedimientos de adjudicación», se subsumen en la expresión «oferta económicamente más ventajosa» que remite en definitiva, a los criterios que el órgano de contratación ha de tener en cuenta para valorar las ofertas de los licitadores en los diferentes procedimientos abiertos, res-

(13) Enmienda nº 148 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, BOCG de 29 de marzo de 2007, serie A. Núm. 95-22, p. 224.

tringidos o negociados, y ya se utilice un único criterio (el precio, como en la antigua «subasta») o ya se considere una multiplicidad de ellos (como en el antiguo «concurso») —apartado IV.4—.

Sin embargo, el concepto de la LCSP de «oferta económicamente más ventajosa» es más amplio que el manejado en la Directiva 2004/18, al englobar tanto la noción estricta presente en la norma comunitaria —que presupone la utilización de una multiplicidad de parámetros de valoración—, como el criterio del «precio más bajo», que dicha disposición distingue formalmente de la anterior (14). Precisa al respecto la exposición de motivos de la LCSP que la misma «ha puesto ambos conceptos comunitarios bajo una misma rúbrica para evitar forzar el valor lingüístico usual de las expresiones utilizadas (no se entendería que la oferta más barata, cuando el único criterio a valorar sea el precio, no fuese calificada como la «económicamente más ventajosa»), y para facilitar su empleo como directriz que resalte la necesidad de atender a criterios de eficiencia en la contratación» (15).

De forma técnicamente más precisa, la nueva Ley 31/2007 sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales, que también abandona los términos de subasta y concurso que preveía el artículo 24 de la Ley 48/98 como criterios de adjudicación de los contratos, pasa ahora a utilizar en el artículo 60 de la nueva Ley los conceptos de «precio más bajo solamente» y de «oferta económicamente más ventajosa».

También sustituye la LCSP el concepto tradicional español de «baja temeraria» por el término utilizado en el Derecho comunitario de «oferta anormal» o «desproporcionada». Esta se apreciará en un contexto de múltiples criterios a considerar; no tiene porque ser exclusivamente una baja en el precio, sino que puede referirse a otros valores.

En la nueva regulación se enfatiza la necesidad de oír al licitador antes de declarar el carácter anormal de su oferta y se elimina la exigencia de una

(14) El artículo 53 de la Directiva 2004/18 establece que los criterios en que se basarán los poderes adjudicadores para adjudicar los contratos públicos serán:

«a) bien, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa desde el punto de vista del poder adjudicador, distintos criterios vinculados al objeto del contrato público de que se trate: por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución;

b) o bien solamente el precio más bajo».

(15) GIMENO Feliù, J. M^º, se manifiesta en contra de que se incluyan en la LCSP en un mismo criterio lo que tanto para la Directiva 2004/18 como para el TRLCAP son dos («Reflexiones críticas sobre el Proyecto de Ley de Contratos del sector público», RGDA núm. 14, febrero 2007).

garantía especial, que establecía nuestra legislación de contratos sin que estuviese prevista por el Derecho comunitario (16).

La finalidad básica de la normativa comunitaria en la regulación de las ofertas anormalmente bajas es la de evitar que se puedan rechazar automáticamente dichas ofertas sin verificar previamente una comprobación de las mismas a efectos de determinar su posible cumplimiento. El artículo 55 de la Directiva 2004/18/CE, sobre procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios, establece que si, respecto de un contrato determinado, alguna oferta se considera anormalmente baja con relación a la prestación, antes de rechazar dicha oferta, el poder adjudicador solicitará por escrito las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la oferta (17). Dichas precisiones podrán referirse, en particular «a) el ahorro que permita el procedimiento de construcción, el procedimiento de fabricación de los productos o la prestación de servicios; b) las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga el licitador para ejecutar las obras, suministrar los productos o prestar los servicios; c) la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador; d) el respeto de las disposiciones relativas a la protección y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación; e) la posible obtención de una ayuda de Estado por parte del licitador».

Por otra parte, la definición de los distintos contratos administrativos típicos se basa en la contenida en la Directiva 2004/18/CE, en concreto en sus artículos 1 y anexos I y II, si bien la LCSP contempla un nuevo tipo contractual, el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (18), a pesar de que la directiva comunitaria en la materia todavía no ha sido apro-

(16) El artículo 83.5 del TRLCAP señalaba que «cuando la adjudicación se realice en favor del empresario cuya proposición hubiera estado incurso inicialmente en presunción de temeridad, se exigirá al mismo una garantía definitiva del 20% del importe de adjudicación».

(17) Una previsión similar recogían el artículo 30 de la Directiva 93/37/CEE, sobre contratos de obras, los artículos 26 y 27 de la Directiva 93/36/CEE, sobre contratos de suministro, los artículos 36 y 37 de la Directiva 92/50/CEE, sobre contratos de servicios, y el artículo 34 de la Directiva 93/38/CEE, sobre contratos en los denominados sectores especiales o excluidos.

(18) Frente a la indeterminación inicial de su configuración inicial, en la tramitación parlamentaria de la Ley 30/2007 se precisó el carácter subsidiario del contrato, al que sólo cabrá acudir cuando para satisfacer las necesidades colectivas las administraciones no puedan acudir a un contrato de concesión de obras públicas, de servicios, de obra, de suministro o de gestión de servicios públicos.

Acerca de la nueva figura contractual puede verse CHINCHILLA MARÍN, C. (2006), «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *REDA* 132 (2006), pags. 609 y ss. y GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (2006), «Contrato de colaboración público-privada», *RAP* 170, pp. 22 y ss.

bada (19) y no lo va a ser a corto o medio plazo por la falta de consenso entre los países europeos en la materia.

En el Libro III de la LCSP, dedicado a la selección del contratista y la adjudicación de los contratos, inserta la norma un Título II bajo la imprecisa rúbrica de «Racionalización técnica de la contratación» (20), donde se recogen en verdad una serie de novedosas técnicas —por lo menos en lo que supone su regulación general en la Ley— dirigidas a dotar a la contratación pública de cierta flexibilidad y facilitar su simplificación en algunos supuestos. Se regulan así los acuerdos marco, los sistemas dinámicos de adquisición y las centrales de contratación. Pues bien, todas estas técnicas provienen y de la Directiva 2004/18/CE y se trasponen de forma casi literal por la LCSP.

La necesidad de hacer más flexibles los procedimientos de adjudicación es una preocupación del Derecho comunitario. Como tal, se expresó ya en el Libro Verde de la Comisión de 27 de noviembre de 1996 («Contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro») y posteriormente en la Comunicación de la misma de 11 de marzo de 1998 («La contratación Pública en la Unión Europea»).

Para racionalizar y ordenar la adjudicación de contratos, las Administraciones Públicas podrán concluir acuerdos marco, articular sistemas dinámicos o centralizar la contratación de obras, servicios y suministros en servicios especializados.

En el considerando 16 de la Directiva 2004/18 se afirma que «para tener en cuenta las diversidades existentes en los Estados miembros, conviene dejar a estos últimos la opción de prever la posibilidad de que los poderes adjudicadores recurran a acuerdos marco, a centrales de compras, a sistemas dinámicos de adquisición, a subastas electrónicas y al diálogo competitivo, según quedan definidos y regulados por la presente Directiva». La LCSP traspone la citada Directiva regulando en los artículos 180 a 182 los acuerdos marco, en los artículos 183 a 186 los sistemas dinámicos de contratación y en los artículos 187 a 191 la centralización de contratos de obras, suministros y servicios.

(19) Véase al respecto el Libro Verde de la Comisión sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones [COM (2004) 327 final].

(20) Resulta más correcto el enunciado de la Ley 31/2007 al recoger estas nuevas figuras: «Técnicas de contratación» (Título V de la Ley).

Hay que advertir que el contenido de este Título V es más amplio que el del Título II del Libro III de la Ley 30/2007 ya que recoge en su seno las subastas electrónicas, lo que a mi entender no parece muy adecuado, como tampoco me parece oportuna la ubicación de las subastas electrónicas en la LCSP (artículo 132), ya que en ninguno de los dos casos se recoge la figura de una forma sistemática dentro de la normas que le corresponderían como son las relativas a la selección del contratista.

Los acuerdos marco se celebran entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos con el objeto de establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas (180.1 LCSP).

La definición del acuerdo marco se recoge en los artículos 1.5 de la Directiva 2004/18/CE y 1.4 de la Directiva 2004/17/CE.

La figura fue introducida en el Derecho comunitario a través de la Directiva 93/38/CEE, sobre contratación en los denominados «sectores especiales» (antecedente inmediato de la Directiva 2004/18/CE). En efecto, según el apartado primero del artículo 5 de la Directiva 93/38, «las entidades contratantes podrán considerar un acuerdo marco como un contrato con arreglo al apartado cuarto del artículo 1 y adjudicarlo de conformidad con lo dispuesto en la presente Directiva». La definición de la nueva figura contractual, cuya introducción en la Directiva se debió al Reino Unido, se encontraba recogida en el apartado quinto del artículo 1 de la Directiva, que entendía por acuerdo marco «un acuerdo celebrado entre una de las entidades contratantes definidas en el artículo 2 y uno o varios suministradores, contratistas o prestadores de servicios, que tenga por objeto fijar los términos de los contratos que se hayan de adjudicar en el transcurso de un periodo determinado, particularmente en lo que se refiere a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas».

En España, la posible celebración de acuerdos marco se contempló en el artículo 6 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, que establecía los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones; norma que incorporó al Derecho español las Directivas 93/38/CEE, anteriormente citada, y 92/13/CEE, la Directiva sobre «recursos» en los sectores especiales.

El artículo 159.2.f) del TRLCAP preveía la posibilidad de que se utilizase el procedimiento negociado para la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos, previa justificación razonada en el expediente y acuerdo del órgano de contratación, en los contratos relativos a la prestación de asistencia sanitaria concertada con medios ajenos, derivados de un convenio de colaboración entre las administraciones públicas o de un contrato marco, siempre y cuando este último haya sido adjudicado de acuerdo con las normas de esta Ley. El artículo 182.l) del mismo Texto refundido establecía que podía utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad previa en las adjudicaciones de los contratos que fuesen consecuencia de un acuerdo o contrato marco, siempre y cuando este último hubiese sido adjudicado con sujeción a la Ley.

Por tanto, de acuerdo con las referencias contenidas en el TRLCAP, el uso del contrato o del acuerdo marco sólo estaba previsto de manera expresa

para los contratos de suministros y para determinados contratos de gestión de servicios públicos, aunque como destacó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña en su Informe 5/2005, de 7 de julio, «el acuerdo marco es una figura aplicable, a todos los efectos, a los contratos de las administraciones públicas, ya que esta interpretación, por ella misma, no vulnera ninguno de los principios esenciales del derecho de contratos públicos».

Con la incorporación al Derecho español de las Directivas de 2004, los acuerdos marco se han recogido dentro de los instrumentos para la racionalización técnica de la contratación. En efecto, la figura de los acuerdos marco persigue esta racionalización, en cuanto pretende hacer posible la celebración y adjudicación de contratos públicos en los términos y condiciones fijados por un acuerdo anterior dirigido a ello (sobre todo, en lo relativo a los precios y las cantidades). Se definen así ahora en el artículo 180 de la LCSP los acuerdos marco: «los órganos de contratación del sector público podrán concluir acuerdos marco con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada». Y el artículo 2.4 de la Ley 31/2007 entiende por acuerdo marco un acuerdo celebrado entre una o varias de las entidades contratantes y uno o varios operadores económicos, «que tenga por objeto establecer los términos que deberán regir los contratos que se hayan de adjudicar en el transcurso de un período determinado, particularmente en lo que se refiere a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas».

Por lo que se refiere a los denominados sistemas dinámicos de adquisición (SDA), son un procedimiento totalmente electrónico previsto para las compras corrientes. El artículo 33 de la Directiva regula el funcionamiento de estos sistemas dinámicos. A diferencia de lo que sucede con los acuerdos marco, el SDA se desarrolla mediante un procedimiento abierto a todo contratista que cumpla las condiciones de la oferta y permite la presentación de ofertas durante todo el desarrollo del sistema. La LCSP regula los sistemas dinámicos de contratación en los artículos 183 a 186, recogiendo las directrices establecidas por la normativa europea.

En cuanto a la «central de compras» (centrales de contratación para la LCSP, art. 187), es para la Directiva 2004/18 aquella en que un poder adjudicador «adquiere suministros y/o servicios destinados a poderes adjudicadores, o adjudica contratos públicos o celebra acuerdos marco de obras, suministro o servicios destinados a poderes adjudicadores», como recoge el apartado 2 del artículo 187 LCSP.

Por último, otras de las destacadas novedades de la Directiva 2004/18 fueron la regulación de las subastas electrónicas (que se definen en el artículo 1.7 y se desarrollan en el artículo 54) y del diálogo competitivo (que se define en el artículo 1.11.c) y se desarrolla en el artículo 29), incorporados de forma mimética por el artículo 132 y por los artículos 163 a 167, respectivamente, de la LCSP.

4. La adecuada aunque limitada introducción de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos de contratación.

Sin duda alguna, merece una valoración positiva que la LCSP haya optado por la máxima aplicación de la Directiva 2004/18 en lo que se refiere a la contratación electrónica, para la que la Directiva dejaba a la discrecionalidad de los países la incorporación o no de distintos procedimientos y trámites.

En efecto, de una forma criticable y poco coherente con su pretendido impulso de la contratación electrónica, la Directiva 2004/18 no quiso imponer una adaptación forzosa de estos medios a los diversos sistemas nacionales, sino que dejó a los Estados miembros la posibilidad de que los poderes adjudicadores puedan recurrir a aquellas; sin perjuicio, claro es, de que una vez que se proceda a la incorporación deba hacerse en los términos definidos y regulados por la Directiva. Así lo expresa el considerando 16 de la Directiva 2004/18/CE: «Para tener en cuenta las diversidades existentes en los Estados miembros, conviene dejar a estos últimos la opción de prever la posibilidad de que los poderes adjudicadores recurran a acuerdos marco, a centrales de compras, a sistemas dinámicos de adquisición, a subastas electrónicas y al diálogo competitivo, según quedan definidos y regulados por la presente Directiva».

La decisión del legislador español en este punto es acertada, y todavía podía haber sido mejor si se hubiera optado por ir más allá de las previsiones comunitarias y apostar verdaderamente por la utilización de estas técnicas electrónicas en las compras públicas (21), en la línea de lo establecido por la importante Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, que, superando la desfasada en lo elec-

(21) Como propuso en su comparecencia como experto ante la Comisión de Administraciones Públicas del Congreso de los Diputados encargada de tramitar el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público DOMÍNGUEZ-MACAYA, J., Presidente de la Junta Asesora de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma Vasca y Director General de Patrimonio y Contratación del Gobierno Vasco, *BOCG* n° 748, de 19 de febrero de 2007, páginas 37 y siguientes.

trónico LRJPAC, consagra la relación con las Administraciones públicas por medios electrónicos como un derecho de los ciudadanos y como una obligación correlativa de tales Administraciones. Es más, esta norma fija un plazo para el ejercicio de este derecho, que en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos dependientes se podrá ejercer en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de su competencia a partir del 31 de diciembre de 2009. Tampoco se ha decidido nuestra LCSP a realizar la imprescindible revisión del tradicional procedimiento de licitación (22).

El servicio al ciudadano exige en nuestros días consagrar su derecho a comunicarse con las Administraciones por medios electrónicos, y el sector de las compras de bienes y servicios por las Administraciones públicas y sus organismos o entidades dependientes o vinculadas se muestra como especialmente indicado para el uso de las TIC (23). Por ello, en el nuevo marco estratégico «i2010, Sociedad de la información europea 2010», que promueve una economía digital abierta y competitiva y hace hincapié en las TIC en tanto que impulsoras de la inclusión y la calidad de vida, la contratación pública se plantea como un sector clave a promover para conseguir que los servicios prestados sean mejores, más accesibles y más rentables (24).

La introducción de medios electrónicos y telemáticos en los procedimientos de licitación supondrá además para las Administraciones un notable incremento de la transparencia y de la eficiencia de los procedimientos de contratación (25). Como destaca la Comunicación de la Comisión sobre el papel de la Administración electrónica (e-government) en el futuro de Europa de 26 de septiembre de 2003, el uso de tecnologías de la información y las comunicaciones puede mejorar la calidad y la eficacia de la contratación pública, además de generar un ahorro significativo para los contribuyentes y puede contribuir a mejorar las relaciones con suministradores, la satisfacción de los usua-

(22) Para GALLEGU CÓRCOLES, I., la falta de desburocratizar los procedimientos de licitación es una de las principales sombras de la regulación, que no ha apostado verdaderamente por la contratación electrónica. «La contratación electrónica de las entidades locales», en MORENO, J. A. (dir), *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales*, CEMCI, Granada, 2008, p. 610.

(23) Véase la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 19 de noviembre de 2004: «Retos para la sociedad de la información europea con posterioridad a 2005» [COM (2004) 757 final —no publicada en el Diario Oficial].

(24) Véase DOMÍNGUEZ-MACAYA, J. (2006), «La iecontratación, una nueva —y necesaria— forma de entender la contratación», *Contratación Administrativa Práctica*, nº 53, pp. 34 y ss.

(25) Véase al respecto GALLEGU CÓRCOLES, I., «Contratación pública electrónica», en AAVV, *Administraciones públicas y nuevas tecnologías*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 226 y ss.

rios, la utilización de los recursos humanos en los procedimientos de contratación y la transparencia en el gasto público. Estas evidentes ventajas de la utilización de medios electrónicos y telemáticos en la contratación pública, destacadas desde hace años por las instituciones comunitarias, hacen menos entendible y más criticable que, más allá de las buenas declaraciones de intenciones, en la Unión Europea no se hayan aprobado hasta la fecha unas disposiciones claras y decididas para el desarrollo de la contratación pública electrónica. En este sentido, las Directivas de contratación de 2004 no son sino una tímida aproximación que, si bien incluye normas específicas relativas a la tramitación electrónica de los procesos de licitación, deja muy lejos la plena difusión de la contratación pública electrónica en Europa.

Pues bien, con una técnica legislativa y una sistemática poco acertada, la LCSP remite a dos disposiciones adicionales la regulación de los principales aspectos del uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos de contratación, como sabemos una de las novedades principales de la nueva Ley, influenciada directamente por el Derecho comunitario. Estas reglas generales merecían formar parte del articulado de la norma y podrían haberse agrupado junto a otros preceptos de la Ley referidos al uso de medios telemáticos en algún capítulo específico, lo que podría haber facilitado al operador de la LCSP su utilización y aplicación. A esta utilización de medios electrónicos tampoco va a ayudar el reglamento parcial de desarrollo de la Ley que va a aprobar en breve el Ministerio de Economía y Hacienda (26), que pretende llevar a cabo una ejecución muy limitada de la nueva Ley de Contratos ya que sólo comprende la clasificación de contratistas, el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas, la valoración de los criterios de apreciación subjetiva, especialmente cuando deba hacerse a través del comité de expertos u organismo independiente a que se refiere el artículo 134.2 de la LCSP, las Mesas de Contratación a constituir en el ámbito de las Administraciones públicas y las comunicaciones al Registro Oficial de Contratos.

5. Los ámbitos más cuestionables por la falta de adecuación de la LCSP a las exigencias comunitarias

A) La tan compleja como artificiosa construcción subjetiva del artículo 3

El precepto sin duda más importante para la aplicación e interpretación de la nueva Ley de Contratos es el artículo 3, que con una redacción realmente complicada —con nociones que operan a modo de círculos concéntri-

(26) El borrador de proyecto de Real Decreto de desarrollo parcial de la LCSP ha sido publicado en septiembre de 2008 en la página web del Ministerio (www.meh.es).

cos— fija el ámbito subjetivo de la norma. En la tipología de entidades se apoya toda la estructura de la Ley.

En efecto, dentro de las entidades del sector público sometidas a la LCSP y definidas en el apartado 1 del citado artículo 3, resulta necesario singularizar tres grandes categorías, que llamativamente no coinciden con las derivadas del Derecho comunitario, ni tampoco con las categorías del Derecho administrativo español (27) —por ello insiste el legislador en todos los apartados del artículo 3 que las nociones que maneja lo son a los exclusivos «efectos de esta Ley»—: los poderes adjudicadores que tienen la consideración de Administraciones Públicas —apartado 2 del artículo 3—, los poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administraciones Públicas —apartado 3 del artículo 3— y la categoría residual de las «restantes entes del sector público», recogida en el apartado 1 del precepto e integrada por aquellos supuestos que no entran dentro de las otras dos categorías anteriores.

Pese a que el artículo 3 de la LCSP trata de incorporar el ámbito subjetivo de aplicación del Derecho comunitario sobre contratos públicos, la incorporación se vuelve a hacer de modo peculiar y cuanto menos confuso al superponer los distintos conceptos (entes del sector público, poderes adjudicadores y Administraciones) (28), habiéndose descartado la vía más sencilla y acorde con la Directiva 2004/18 de reproducir su contenido, como sin embargo se ha hecho por la Ley en otras muchas cuestiones (vgr. definición de nuevos procedimientos y formas de adjudicación de los contratos como el diálogo competitivo, la subasta electrónica, los acuerdos marco o los sistemas dinámicos de adquisición) (29) o de ajustarse a la interpretación al respecto sentada por la jurisprudencia comunitaria [como hizo la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra en su artículo 2 (30)].

(27) En este sentido, la definición de Administración pública del apartado 2 del artículo 3 de la LCSP, que excluye a las entidades públicas empresariales, es sustancialmente distinta de la que establecen con pretensiones generales la LOFAGE (Ley 6/1997, de 14 de abril) o la LRJPAC (Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

(28) Véase GALLEGO CÓRCOLES, I., «Algunas reflexiones en torno al ámbito subjetivo de la Ley de Contratos del Sector Público, Contratación Administrativa práctica, núm. 72, año 2008, pp. 36 a 46 y «El concepto de poder adjudicador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», Contratación Administrativa Práctica, núm. 78, pp. 76 y ss.

(29) Como observa FELLÜ, J.M. («Los sujetos contratantes: alcance del concepto de poder adjudicador en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Noticias de la Unión Europea*, en prensa y «Las Disposiciones comunes a todos los contratos administrativos», Libro Col. (Dir. J. CRUZ ALU) *La Contratación administrativa en Navarra*, INAP, Pamplona 2007), en el artículo 3 de la LCSP se confunde el género —el poder adjudicador— con la especie —los distintos sujetos contratantes sometidos a la Ley—.

(30) En el citado precepto la Ley Navarra sujeta a la misma a «las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y laborales, fundaciones u otros entes, o asociaciones de cuales-

Hay que recordar que nuestros gobernantes y legisladores han sido especialmente tozudos en la adaptación de nuestro derecho al ámbito subjetivo de aplicación de la legislación comunitaria sobre contratación, lo que ha obligado a constantes parcheamientos de las disposiciones. En efecto, fueron sucesivamente ampliando el elenco de sujetos sometidos al Texto Refundido de la Ley de Contratos de 2000 las reformas de la norma llevadas a cabo en 2003 (Ley 62/2003, de 30 diciembre), 2005 (Real Decreto-ley 5/2005, de 11 marzo) y 2006 (Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007), pese a lo cual no se ha adaptado nuestro ordenamiento a las exigencias comunitarias en la materia (véanse las duras sentencias del TJCE contra España de 15 de mayo de 2003, 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005; así como el recurso de la Comisión contra España interpuesto el 30 de mayo de 2007, asunto C-255/07).

Hasta tal punto era necesaria la adaptación al Derecho comunitario del ámbito subjetivo de la legislación española que frente al plazo de seis meses desde su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» para la entrada en vigor de la norma que contemplaba la Disposición final duodécima de la LCSP, las reglas sobre los sujetos entraron en vigor al día siguiente al de la publicación, esto es, el 1 de noviembre de 2007.

La LCSP ha recogido en su letra h) del artículo 3.1 y en la letra b) del artículo 3.3 la definición de organismo de Derecho público de las directivas sobre contratos, recogido por ejemplo en el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE. Pero lo ha hecho de un modo que realmente dificulta la interpretación del precepto al reiterar la misma definición en el seno del propio artículo 3 LCSP, para al final dar lugar a distintas categorías y con un juego diferente de la residualidad de las cláusulas —letra h) del apartado 1 frente a los restantes supuestos del precepto que definen los entes, organismos y entidades del sector público; y letra b) del apartado 3 sólo frente a las Administraciones públicas—.

Tanto el artículo 3.1.i) como el 3.3.c) de la LCSP incluyen también en el sector público y en la categoría de poder adjudicador a «las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras

quiera de ellos, dotados de personalidad jurídica, pública o privada, vinculados o dependientes de las entidades mencionadas en los apartados anteriores, en los que concurren conjuntamente estos requisitos:

— Que en su actividad satisfagan, al menos parcialmente, fines de interés público que no tengan carácter industrial o mercantil.

— Que las Administraciones Públicas de Navarra financien, directa o indirectamente, más de la mitad de su actividad, o bien tengan influencia dominante sobre las mismas a través de mecanismos que controlen su gestión, o bien permitan designar a más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, de dirección o de vigilancia» (artículo 2.1.e).

anteriores», en transposición del mismo artículo 1.9, primer párrafo, de la Directiva 2004/18/CE.

La LCSP define pues a los poderes adjudicadores en base a una serie de requisitos que provienen de las directivas comunitarias y a su vez han sido ya objeto de una bastante desarrollada interpretación jurisprudencial: el ente, organismo o entidad debe haber sido creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y unos o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador financiar mayoritariamente su actividad, controlar su gestión o nombrar a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Acerca del ámbito subjetivo de aplicación de las directivas sobre contratos públicos se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en numerosas ocasiones desde el importante asunto *Beentjes* (sentencia de 20 de septiembre de 1988). En consonancia con la doctrina jurisprudencial europea, todas las Directivas sobre contratos públicos, aprobadas a partir del año 1993, incluidas las Directivas vigentes 2004/17/CE y 2004/18/CE, incorporan una definición funcional de organismo público (31).

Mientras que en la LCSP se habla de poderes adjudicadores, en la Directiva 2004/18 se diferencia entre poderes adjudicadores y organismos de derecho público. En concreto, el artículo 1.9 de la citada norma europea dispone lo siguiente (el subrayado es añadido):

«Son considerados '*poderes adjudicadores*': el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público.

Es considerado '*organismo de Derecho público*' cualquier organismo:

- a) creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,
- b) dotado de personalidad jurídica y
- c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público».

(31) Sobre el amplio ámbito subjetivo de aplicación de la normativa comunitaria sobre contratos públicos, puede verse MARTÍN LIZARRAGA, M.M., «La jurisprudencia del TJCE sobre contratación pública», *Justicia Administrativa*, nº 6 (2000), pp. 15 y ss.; y GIMENO Feliù, J.M., *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimientos de adjudicación: la incidencia de las directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español*, Civitas, Madrid, 2003.

En el anexo III de la Directiva figuran, de forma ejemplificativa, las listas no exhaustivas de los organismos y de las categorías de organismos de Derecho público que cumplen los criterios enumerados anteriormente para la consideración de un organismo de derecho público.

La consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha precisado el concepto de organismo de Derecho público, que exige la concurrencia simultánea de los tres requisitos legales (Sentencia del TJCE de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, C-44/96, apartado 21).

Se trata de un concepto de Derecho comunitario que como tal debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad. El concepto se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el apartado 9 del artículo 1 de la Directiva 2004/18/CE (véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, C-214/00, Rec. p. I-4667, apartados 52 y 53, y de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, C-283/00, Rec. p. I-11697, apartado 69).

De ello se desprende que, para resolver la cuestión de la calificación eventual de una entidad de Derecho privado como organismo de Derecho público, procede comprobar únicamente si la entidad de que se trata cumple los tres requisitos acumulativos enunciados en las directivas de contratos, sin que el estatuto de Derecho privado de esa entidad constituya un criterio que pueda excluir por sí solo su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de estas Directivas (sentencia de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, apartados 54, 55 y 60).

B) El muy limitado recurso especial en materia de contratación

Una de las principales novedades de la LCSP es la creación de un recurso especial en materia de contratación, que pretende incorporar a nuestro Derecho las exigencias comunitarias al respecto. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 37 de la LCSP, son susceptibles del mismo sólo determinadas decisiones contractuales que se adopten en los procedimientos de adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada (SARA), incluidos los contratos subvencionados, y en algunos contratos no SARA:

— Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II (los «servicios no prioritarios» en la terminología comunitaria) de cuantía igual o superior a 206.000 euros.

— Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años (32).

Estos últimos supuestos se añadieron en el trámite parlamentario de la LCSP, al aprobarse diversas enmiendas transaccionales que ampliaron el ámbito de aplicación del recurso especial y de las medidas provisionales que son consecuentes. La intención fue que se permitiera el recurso también en aquellos contratos con una significación económica y práctica equivalente a los contratos SARA.

En cualquier caso, hay que destacar que la limitación del ámbito de aplicación del recurso especial mereció el reproche tanto del CES (33) como del Consejo de Estado (34), para el cual:

«esta distinción entre los mecanismos de control de uno y otro tipo de contratos no está suficientemente justificada y podría generar un cierto nivel de inseguridad jurídica, por lo que debería considerarse su extensión a todos los contratos. La finalidad que se persigue con el nuevo recurso y el sistema especial de medidas cautelares es, en último término, garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que pueda plantearse se tramiten y resuelvan antes de adoptarse la decisión de adjudicación. Esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada» (35).

En este mismo sentido, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia comunitaria y la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (DOUE C 179, de 1 de agosto de 2006) insisten en que todas las personas afectadas por un contrato público tienen derecho a una protección judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario (36).

(32) Se trata del mismo límite que establece el artículo 156 de la LCSP para excluir la utilización del procedimiento negociado en razón de la cuantía.

(33) Dictamen 4/2006, de 20 de febrero de 2006.

(34) Dictamen 514/2006, de 25 de mayo de 2006.

(35) En la línea de lo sugerido por el Consejo de Estado, la enmienda nº 212 del G.P. Catalán pretendía la aplicación del recurso especial a todos los procedimientos de adjudicación de contratos del sector público.

(36) Véanse las SSTJCE de 8 de septiembre de 2005, C-129/04; 11 de enero de 2005, C-26/03 y 12 de febrero de 2004, C-230/2002.

En su citada Comunicación, la Comisión señala que «en aras del cumplimiento de esta exigencia de protección judicial efectiva, es necesario que, al menos las decisiones que perjudiquen

La ampliación del ámbito de aplicación del recurso especial se quedó pues muy corta y carece de justificación razonable la limitación de las garantías de los derechos de los licitadores que se produce en los contratos no SARA. Esta regulación del recurso especial de contratación puede ser contraria a las exigencias europeas, especialmente de la doctrina del TJCE sentada en las sentencias Alcatel de 28 de octubre de 1999 y Comisión contra España de 3 de abril de 2008 (37).

Pero además de esa grave constatación, el régimen jurídico que se deriva de la lectura sistemática del artículo 37 y de las distintas disposiciones de la Ley relativas a la adjudicación de los contratos (en particular, los artículos 27 y 135), permite concluir que la adjudicación provisional carece de verdadero sentido en los contratos celebrados por las Administraciones públicas que no se consideren SARA. En efecto, en la LCSP la distinción entre adjudicación provisional y definitiva se aplica, por una parte, a todos los contratos celebrados por las Administraciones Públicas, independientemente de sus características; y, por otra, a los de las restantes entidades del sector público cuando estén sujetos a regulación armonizada. Ese «período de congelación procedimental» [en términos utilizados en los trabajos preparatorios de la revisión de la Directiva de recursos (38)] entre la adjudicación provisional y la definitiva, que la LCSP establece para todos los contratos de las Administraciones Públicas, sólo tendrá eficacia (a efectos de la interposición del recurso) en el caso de los contratos SARA. Para el resto de contratos celebrados por las Administraciones su significado queda totalmente en entredicho, e incluso puede suponer una seria traba procedimental para los órganos de contratación que se verán obligados a adjudicar provisionalmente y más adelante, en

a una persona que esté o haya estado interesada en obtener un contrato, como, por ejemplo, la decisión de descartar a un candidato o licitador, puedan ser objeto de recurso por la posible contravención de las normas fundamentales derivadas del Derecho primario comunitario. Para que se pueda ejercer de manera efectiva este derecho a recurso, las entidades adjudicadoras deberán dar a conocer los motivos de las decisiones que puedan recurrirse, bien en la propia decisión o bien previa petición tras la comunicación de la decisión. De conformidad con la jurisprudencia relativa a la protección judicial, los recursos disponibles no podrán ser menos eficaces que los aplicables a reclamaciones similares fundadas en el Derecho nacional (principio de equivalencia), y, en la práctica, no deberán imposibilitar o dificultar excesivamente la obtención de la protección judicial (principio de eficacia).

(37) Véase al respecto LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ, «El control de la adjudicación de los contratos públicos. En particular, el recurso especial y las medidas cautelares», en MORENO MOLINA, J.A. (dir), *La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales*, CEMCI, Granada, 2008, pp. 289 y ss.

(38) Véase la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos (Comisión de las Comunidades Europeas, 4.5.2006, COM 2006 195 final).

una nueva decisión, adjudicar definitivamente el contrato, que sólo se perfecciona con esta adjudicación definitiva (art. 27.1 LCSP).

C) El riesgo de huida de los principios generales por la amplia posibilidad de utilización de procedimientos de contratación de carácter excepcional y por la masiva aprobación de instrucciones internas de contratación

A pesar de que la LCSP reconoce desde su artículo 1 que el fundamento de toda la normativa de contratación es el respeto de los principios generales de la contratación pública, la necesidad de respeto de los mismos se ve seriamente comprometida en la legislación española de contratos por la existencia de procedimientos excepcionales, como el contrato menor y el procedimiento negociado, que nuestros órganos de contratación utilizan con un carácter general. La situación era ya muy preocupante con la vigencia del TRLCAP, pero se antoja peor todavía con la LCSP ya que la nueva Ley lleva a cabo un considerable aumento de los umbrales de utilización del procedimiento negociado y del contrato menor.

Hay que recordar que en el Derecho comunitario de la contratación pública no se reconoce la figura del contrato menor, definida en la Ley española exclusivamente por la cuantía del contrato, ni tampoco se recogen dentro de los supuestos tasados de utilización del procedimiento negociado aquellos que permiten en la LCSP acudir a este procedimiento sólo por razón de su valor.

Se trata de uno de los problemas más graves de la contratación pública en España, que no ha sido solucionado por la nueva Ley. Desgraciadamente, todos los objetivos de la norma, recogidos ahora de forma destacada en el artículo 1 de la LCSP, quedan en entredicho si los órganos de contratación deciden —como hasta ahora vienen haciendo masivamente nuestras Administraciones, en especial las Corporaciones locales— utilizar la figura del contrato menor, seleccionando libremente al contratista.

Para muchos Ayuntamientos lo realmente excepcional va a resultar con la nueva Ley de Contratos adjudicar algún contrato de obras de más de 50.000 euros o un contrato de otro tipo cuya cuantía exceda de 18.000 euros (las cifras que ahora permitirán acudir al contrato menor de acuerdo con el artículo 122.3 de la LCSP).

En este sentido, la Ley de Contratos ha desaprovechado la oportunidad de contemplar algún otro modelo de procedimiento simplificado de contratación que permitiera contratar sin merma del principio de libre competencia.

La utilización abusiva del contrato menor viola flagrantemente los principios generales de la contratación administrativa de libre concurrencia, igualdad y no discriminación y no se cumple por nuestro ordenamiento jurídico un Derecho comunitario de los contratos públicos en el que la jurisprudencia europea —sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GMBH— obliga a respetar los principios generales en todos los contratos celebrados por los poderes públicos, como ha aclarado también la ya citada Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública.

Pero es que la LCSP también abre otra importante posibilidad de escape de los principios generales con la amplia libertad que se ofrece a las instrucciones internas que deberán aprobar los poderes adjudicadores en los contratos no sujetos regulación armonizada y las restantes entidades y organismos del sector público en todos sus contratos —ya que éstas no celebran en ningún caso contratos SARA ex art. 13.1 LCSP—. Todas estas entidades públicas, de enorme relevancia en la actualidad en nuestra organización administrativa —tanto en el ámbito estatal y autonómico como en el local—, en la medida en que introduzcan especialidades procedimentales y reglas propias para su contratación, pueden dificultar el acceso general de los licitadores, a los que resultará muy complejo conocerlas todas ellas o poder preparar sus ofertas para participar en los procedimientos convocados, si es que tienen esa posibilidad —y no se encuentran en muchos casos con la utilización, amparada por estas instrucciones, de contratos menores y procedimientos negociados sin publicidad incluso con cuantías superiores a las de la LCSP, o con otros procedimientos limitativos de la competencia que puedan establecer (39)—. El problema será mayor cuanto más pequeñas sean las empresas. La libre concurrencia y la igualdad de acceso a las licitaciones se pueden ver, en consecuencia, muy afectadas; y todo ello pese a la vigencia de estos principios para la contratación de todos los entes instrumentales no sólo ex artículo 1 LCSP, sino también ex artículos 123 y especialmente 175.a) y 176.1 de la nueva Ley de Contratos.

(39) GIMENO Feliù, J.M. (2009), advierte del peligro de esta deslegalización procedimental («Los sujetos contratantes: alcance del concepto de poder adjudicador en la Ley de Contratos del Sector Público», *Noticias de la Unión Europea*, número monográfico sobre la Ley de Contratos del Sector Público, en prensa).

D) La nueva categoría de los contratos sujetos a regulación armonizada y su contradictoria virtualidad. Cuestionamiento desde la óptica del Derecho comunitario europeo

La nueva LCSP opta por crear una nueva categoría en el derecho español de los contratos públicos con el objetivo de identificar qué normas provienen de la regulación tradicional interna del contrato celebrado por las Administraciones públicas y cuáles tienen su origen en el Derecho comunitario: se acuña así el concepto de «contratos sujetos a regulación armonizada» (contratos SARA) para designar a aquellos contratos que, por razón de la entidad contratante, su tipo y su cuantía se encuentran sujetos a las prescripciones comunitarias.

Con la positivación de esta categoría se pretende por el legislador español, como manifiesta en la exposición de motivos de la LCSP —apartado IV—, permitir la modulación de la aplicabilidad de las normas de la Directiva a los diferentes contratos del sector público, restringiéndola, cuando así se estime conveniente, solo a los casos exigidos por las disposiciones comunitarias. De la misma forma, y por exclusión, el concepto también sirve, según la exposición de motivos, «para definir el conjunto de contratos respecto de los cuales el legislador nacional tiene plena libertad en cuanto a la configuración de su régimen jurídico».

Ahora bien, el problema es que la categoría puede ocasionar más confusión que claridad. El planteamiento del legislador al crear la figura de los contratos sujetos a regulación armonizada no se ha mantenido, ni seguramente ello sería posible, hasta sus últimos extremos, sino que se utiliza de forma parcial. Por ello, si bien los contratos SARA es cierto que identifican «el ámbito normativo supeditado a las prescripciones comunitarias», sólo lo hacen parcialmente, puesto que muchas de las obligaciones derivadas de las directivas comunitarias se extienden por la LCSP a todos los contratos celebrados por las Administraciones, los poderes adjudicadores o el resto de entidades públicas: vgr. reglas sobre aptitud para contratar con el sector público, especificaciones técnicas, condiciones especiales de ejecución, procedimientos de adjudicación, criterios de valoración de las ofertas, etc... Son muchas menos las exigencias derivadas de las directivas que se aplican a los contratos sujetos a regulación armonizada (principalmente recurso especial y publicidad en el DOUE) que las que obligan a los contratos que sin embargo no se consideran por la LCSP sujetos a regulación.

Hay que tener en cuenta que el régimen fundamental de la LCSP sigue siendo, al igual que ocurría en el TRLCAP, el de los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y, dentro de estos, el de los contratos administrativos. Pues bien, para los contratos administrativos apenas tiene relevancia

la distinción entre contratos sujetos o no a regulación armonizada. Junto a la posibilidad de interposición del recurso especial, que además y como ya ha sido objeto de análisis debería haberse extendido por la LCSP a todos los contratos, no sólo a los SARA, casi la única diferencia de régimen apreciable entre unos y otros es la diversa exigencia de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea (artículos 125 y 126 de la nueva Ley): algo que ya contemplaba en la regulación anterior el TRLCAP.

En definitiva, si la principal razón de ser de la nueva categoría es clarificar los contratos a los que se aplican las obligaciones derivadas de la directivas comunitarias, el concepto resulta fallido pues no permite en modo alguno la pretendida identificación.

La significación de la nueva categoría es pues mucho menos importante en la LCSP que lo que anuncia su exposición de motivos (apartado IV.2) o lo que parece desprenderse de su ubicación sistemática y su regulación en el Título Preliminar, «Disposiciones Generales», de la Ley. De los tres tipos de sujetos que reconoce el artículo 3 de la LCSP, los contratos SARA no operan para las entidades del sector público del apartado 1 que no sean poderes adjudicadores (por la propia definición del artículo 13.1 de la Ley) y la categoría carece de verdadera trascendencia en relación con los contratos celebrados por las Administraciones públicas, que se consideren o no contratos SARA se someten al mismo régimen jurídico.

La diferenciación resulta operativa principalmente para los contratos celebrado por los poderes adjudicadores que no sean Administraciones. Para ellos el que celebren contratos sujetos o no sujetos a regulación comunitaria supone que su régimen jurídico o bien se asemejan en mucho al de los contratos administrativos (los celebrados por las Administraciones públicas en la nueva LCSP), o bien puedan someterse a un régimen flexible escapando de las normas jurídico-públicas de contratación. Pero para conseguir esta diferenciación, perseguida ya desde hace bastante tiempo en nuestro Derecho [baste ver las sentencias del TJCE condenatorias de nuestro país en materia de contratación pública (40)], no hacía falta esta construcción jurídica.

Incluso la flexibilización de la regulación para los entes del sector público que no son Administraciones Públicas pero sí han sido creados para satisfacer necesidades de interés general no industriales ni mercantiles, va más allá de la regulación anterior, que sometía a las entidades públicas empresariales estatales y sus asimiladas autonómicas o locales a la regulación prevista para los contratos administrativos.

(40) Por todas, pueden verse las SSTJCE de 15 de mayo y 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005.

Pero la mayor crítica a la nueva categoría de los contratos SARA debe venir desde el Derecho comunitario europeo, en el que se apoya teóricamente nuestro legislador para construir la figura y el mismo que está detrás de la definición recogida en los artículos 13 y siguientes de la LCSP.

Pues bien, hay que tener en cuenta que en la actualidad el Derecho comunitario aplicable a la contratación pública no está integrado sólo por las directivas sobre contratos —singularmente por la 2004/17 y la 2004/18/CE—, sino también y de forma si cabe más relevante por los principios del Tratado de la Comunidad tal y como han sido interpretados por el Tribunal europeo de Justicia. En efecto, éste, a través de una lúcida y ya muy consolidada doctrina, ha venido destacando en los últimos años de forma reiterada que la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos se extiende no sólo a los contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratación pública, el cual no deja de ser limitado (41) —los umbrales de las directivas son los que se utilizan en la LCSP para definir los contratos sujetos a regulación armonizada—, sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las Directivas, ya que así lo exigen distintos preceptos del Tratado de la Comunidad Europea, tal y como han sido interpretados por el propio Tribunal.

Así, el máximo intérprete del ordenamiento jurídico europeo, tras comprobar cómo las directivas sobre contratos no constituyen cuerpos uniformes y completos de normas sobre contratación pública, sostiene que los Estados siguen siendo libres para mantener o adoptar normas sustantivas y procedimentales que disciplinen los contratos públicos, pero, eso sí, «a condición de que se respeten todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y, en particular, las prohibiciones derivadas de los principios consagrados por el Tratado». La sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GMBH, resulta muy ilustrativa cuando concluye que «pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad».

(41) Los artículos 7 de la Directiva 2004/18/CE y 16 de la Directiva 2004/17/CE fijan el ámbito de aplicación de la misma estableciendo unos umbrales económicos; y también quedan fuera de las normas europeas los contratos referidos a los servicios enumerados en el anexo II B de la Directiva 2004/18/CE y en el anexo XVII B de la Directiva 2004/17/CE de importe superior a los umbrales de aplicación de estas Directivas.

La Directiva 2004/18/CE reconoce en el considerando primero de su exposición de motivos que está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y señala significativamente en su considerando segundo que «la adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública. Por consiguiente, dichas disposiciones de coordinación deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado».

El TJCE ha desarrollado una serie de criterios básicos para la adjudicación de contratos públicos, que se derivan directamente de las normas y principios del Tratado CE. Los principios de igualdad de trato y no discriminación por razones de nacionalidad implican una obligación de transparencia que, con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, «consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación» [Sentencia Parking Brixen GMBH, considerando 49].

De la jurisprudencia del alto Tribunal europeo los principios han pasado a las Directivas de contratación, que hoy los reconocen de forma destacada (arts. 2 de la Directiva 2004/18/CE y 10 de la Directiva 2004/17/CE) y a la nueva Ley de Contratos española, que los ha elevado a su artículo 1 como fundamento de la normativa reguladora de la actividad contractual del sector público.

Pues bien, para que quedara todavía más claro, la Comisión Europea publicó una Comunicación interpretativa sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (42).

Si para el Derecho comunitario los principios y las obligaciones aplicables a todos los contratos públicos deben ser en esencia las mismas, la dis-

(42) DOUE C 179, de 1 de agosto de 2006.

tinción en nuestra LCSP entre contratos SARA y no SARA resulta muy cuestionable. En especial, cuando se observa cómo el legislador español justifica que el nuevo enfoque en la legislación de contratos públicos gira en torno a la identificación de las normas que «provienen de la regulación tradicional interna del contrato celebrado por Administraciones Públicas y cuáles tienen su origen en el Derecho comunitario» y que con la positivación de los contratos SARA se pretende «permitir la modulación de la aplicabilidad de las normas de la Directiva a los diferentes contratos del sector público» pero también, de la misma forma, y por exclusión, el concepto sirve «para definir el conjunto de contratos respecto de los cuales el legislador nacional tiene plena libertad en cuanto a la configuración de su régimen jurídico» (apartado IV.2 de la exposición de motivos de la LCSP).

En este punto radica el error de base que luego llevará a la Ley a adoptar decisiones contrarias al Derecho comunitario. No existe libertad absoluta e los ordenamientos nacionales para regular la contratación del sector público por debajo de los umbrales europeos, o en los contratos en España considerados no SARA. Al contrario, por encima o por debajo de las cuantías comunitarias —por cierto, bastante volátiles en los últimos años (43)—, los principios a aplicar son los mismos: igualdad y no discriminación, transparencia, publicidad y libre concurrencia.

III. EL EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

En el desarrollo del Derecho europeo de la contratación pública ha desempeñado un papel decisivo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Euro-

(43) La última de las modificaciones de las cuantías apareció en el DOUE L 317, del 5 de diciembre de 2007, que publicó el Reglamento (CE) 1422/2007, de la Comisión, de 4 de diciembre, por el que se modifican los umbrales de aplicación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos a partir del 1 de enero de 2008. Este Reglamento dio lugar a la aprobación en España —lo que no debería haberse hecho por la naturaleza y eficacia directa del Reglamento comunitario— de la Orden EHA/3875/2007, de 27 de diciembre (BOE núm. 313, de 31 de diciembre) y su corrección de errores publicada el 4 de febrero de 2008.

Hay que tener en cuenta que la disposición adicional decimocuarta de la Ley 30/2007 y la disposición final tercera de la Ley 31/2007 (como habían señalado anteriormente la disposición adicional segunda de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio y la disposición final tercera de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones), establecen que las cifras que en lo sucesivo se fijen por la Comisión Europea y se publiquen por Orden del Ministro de Hacienda, sustituirán a las que figuran en el texto de la misma.

peas, cuya jurisprudencia sobre la materia, aplicando los grandes principios del Tratado de la Comunidad Europea, unida a las Directivas aprobadas por el legislador comunitario, ha contribuido a formar un verdadero «corpus iuris» sobre contratos públicos. La propia Directiva 2004/18/CE reconoce en el considerando primero de su exposición de motivos que «la presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2» (44).

Es jurisprudencia consolidada del Tribunal europeo de justicia la que declara la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado previsto por esta última, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, lo que se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades jurisdiccionales. De ello deduce el TJCE que, al aplicar el Derecho nacional, bien se trate de disposiciones anteriores o posteriores a la directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacerlo, en todo lo posible, a la luz del tenor literal y de la finalidad de la directiva para alcanzar el resultado que ésta persigue (véanse las sentencias de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing*, C-106/89, Rec. p. I-4135, apartado 8; de 16 de diciembre de 1993, *Wagner Miret*, C-334/92, Rec. p. I-6911, apartado 20, y de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, Rec. p. I-3325, apartado 26).

En la sentencia del TJCE de 24 de septiembre de 1998, asunto C-76/97, *Tögel*, el Tribunal recordó las consecuencias de la falta de adaptación del Derecho interno a las Directivas comunitarias sobre contratos públicos. En caso de que un Estado miembro no haya adoptado las medidas de ejecución exigidas o haya adoptado medidas no conformes con una Directiva, el Tribunal de Justicia ha reconocido, en determinadas circunstancias, el derecho de los justicia-

(44) También hace referencia expresa a la jurisprudencia europea la LCSP, que señala en el apartado IV.3 de su exposición de motivos que la norma articula un nuevo recurso administrativo especial en materia de contratación, con el fin de trasponer la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, «tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

bles a invocar judicialmente una directiva frente a un Estado miembro que haya incumplido sus obligaciones. Aunque esta garantía no puede servir de justificación para que un Estado miembro eluda la adopción, dentro de plazo, de las medidas adecuadas al objetivo de cada directiva (véase, en particular, la sentencia de 2 de mayo de 1996, Comisión/Alemania, C-253/95, Rec. p. I-2423, apartado 13), sí puede, no obstante, facultar a los justiciables para invocar, frente a un Estado miembro, las disposiciones materiales de la directiva de que se trate.

Si las disposiciones nacionales no pueden interpretarse de manera conforme a las directivas de contratos públicos, los interesados pueden solicitar, siguiendo los procedimientos adecuados del Derecho nacional, la reparación de los daños sufridos como consecuencia de la falta de adaptación del Derecho interno a la directiva dentro del plazo señalado (véase, en particular, la sentencia de 8 de octubre de 1996, Dillenkofer y otros, asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94, Rec. p. I-4845).

En este sentido, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia (sentencia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, 31/87, Rec. p. 4635, apartado 40), en todos los casos en que ciertas disposiciones de una directiva resultan, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, los particulares pueden invocarlas frente al Estado, bien cuando éste se abstiene de adaptar el Derecho interno a la directiva dentro de plazo, bien cuando hace una adaptación incorrecta.

En los apartados 43 y siguientes de la sentencia *Tögel*, citada anteriormente, el Tribunal examina si las disposiciones controvertidas en autos de la Directiva 92/50, sobre los contratos públicos de servicios, resultan, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas para que un particular pueda invocarlas frente al Estado. A este respecto, el TJCE señala que las disposiciones del Título I, relativas al ámbito de aplicación material y personal de la Directiva, y del Título II, relativo a los procedimientos aplicables a los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en los Anexos I A y I B, son incondicionales y suficientemente precisas para ser invocadas ante un órgano jurisdiccional nacional.

En virtud de los artículos 8 a 10 de la Directiva 92/50, las entidades adjudicadoras están obligadas, de manera incondicional y precisa, a adjudicar los contratos públicos de servicios con arreglo a procedimientos nacionales de conformidad con lo dispuesto en los Títulos III a VI en relación con los servicios que estén comprendidos total o principalmente en el Anexo I A y con arreglo a los artículos 14 a 16 en relación con los servicios que estén comprendidos total o principalmente en el Anexo I B. Las obligaciones procedimentales se recogen hoy en los artículos 28 y siguientes de la Directiva 2004/18/CE.

Para el TJCE, las disposiciones detalladas de los Títulos III a VI de la Directiva, que se refieren a la elección de los procedimientos de adjudicación y normas relativas a los concursos de proyectos, a las normas comunes en el sector técnico y de publicidad, así como las relativas a los criterios de participación, de selección y de adjudicación, son, sin perjuicio de las excepciones y matices que se desprenden de su tenor, incondicionales y suficientemente claras y precisas para ser invocadas por los prestadores de servicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

El Tribunal concluyó en su sentencia que los particulares pueden invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales las disposiciones de los Títulos I y II de la Directiva 92/50. En cuanto a las disposiciones de los Títulos III a VI, también pueden ser invocadas por un particular ante un órgano jurisdiccional nacional en la medida en que del examen individual de su tenor literal resulte que son incondicionales y suficientemente claras y precisas (apartado 47).

En la STJCE de 2 de junio de 2005 (asunto C-15/04), el Tribunal matiza el ámbito de aplicación del principio de autonomía institucional y procedimental por la entrada en juego de la obligación de los Estados miembros derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé.

En efecto, para el TJCE,

«en el presente asunto consta que, según la normativa nacional aplicable, el Bundesvergabeamt es competente para conocer los recursos relativos a las «decisiones», en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, adoptadas por las entidades adjudicadoras en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios (...) y la legislación nacional aplicable excluye el examen y, en su caso, la anulación, en el marco de un recurso ante el Bundesvergabeamt, de acuerdos consistentes en la cancelación de una licitación después de la apertura de ofertas en un procedimiento de adjudicación abierto. Pues bien, como se ha recordado en el apartado 30 de esta sentencia, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665 se oponen a tal exclusión. Dichas disposiciones de la Directiva 89/665 son incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que éste puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora como BIG.

En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impiden cumplir la obligación que se desprende de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665» (el subrayado es añadido).

En España, aunque sin recoger en todas sus consecuencias la doctrina jurisprudencial comunitaria, el Informe 57/2005 de 19 de diciembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sostiene la eficacia directa

de los extremos concretos y particulares de la Directiva 2004/18 en los que no existan dudas de su aplicación (45).

IV. LA OBLIGACIÓN DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO CONFORME AL DERECHO COMUNITARIO. LA ESPECIAL RELEVANCIA DE ESTA EXIGENCIA PARA APLICAR LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA BASADOS EN EL DERECHO EUROPEO

Como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal europeo de Justicia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional dar a la ley interna que deba aplicar, en la mayor medida posible, una interpretación conforme con las exigencias del Derecho comunitario (véanse, en particular, las sentencias de 5 de octubre de 1994, Van Munster, C-165/91, Rec. p. I-4661, apartado 34, y de 26 de septiembre de 2000, Engelbrecht, C-262/97, Rec. p. I-7321, apartado 39).

Si tal interpretación conforme no es posible, el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar íntegramente el Derecho comunitario y proteger los derechos que éste confiere a los particulares, absteniéndose de aplicar, en su caso, cualquier disposición nacional en la medida en que tal aplicación conduzca, en las circunstancias del litigio, a un resultado contrario al Derecho comunitario (véanse, en particular, las sentencias de 5 de marzo de 1998, Solred, C-347/96, Rec. p. I-937, apartado 30, y Engelbrecht, antes citada, apartado 40) (46).

De acuerdo con esta doctrina, en su sentencia de 27 de febrero de 2003, asunto C-327/00, el Tribunal respondió a la cuestión prejudicial que se le había planteado señalando que la Directiva 89/665, sobre procedimientos de recurso (que ha sido modificada recientemente por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007), debe interpretarse en el sentido de que impone a los órganos jurisdiccionales nacionales competentes, cuando se acredite que, por su comportamiento, una enti-

(45) Se muestra crítico con el citado Informe GIMENO Feliù, J.M.^º [«Observaciones al anteproyecto de Ley de contratos del sector público y consecuencias del vencimiento del plazo de transposición de la Directiva 18/2004», *Contratación Administrativa Práctica* n.º 52 (2006), pp. 33 y ss.], defendiendo el autor la eficacia directa de la Directiva 2004/18 frente a la normativa de contratación interna en cuanto se oponga a la misma, hasta su completa transposición, por aplicación del principio de primacía del derecho comunitario.

(46) Véase al respecto ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «La obligación de interpretar el derecho nacional de conformidad con el derecho comunitario europeo», *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, n.º 1.921 (2002), p. 2.354.

dad adjudicadora ha imposibilitado o dificultado excesivamente el ejercicio de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico comunitario a un ciudadano de la Unión perjudicado por una decisión de dicha entidad adjudicadora, la obligación de declarar admisibles los motivos basados en la incompatibilidad del anuncio de licitación con el Derecho comunitario, que se invocan en apoyo de un recurso interpuesto contra la referida decisión, debiendo tales órganos jurisdiccionales utilizar, en su caso, la posibilidad prevista por el Derecho nacional de no aplicar las normas nacionales de caducidad que establecen que, una vez expirado el plazo para recurrir contra el anuncio de licitación, ya no es posible alegar tal incompatibilidad (47).

La necesidad de interpretación de las normas sobre contratación pública con arreglo a los principios del Tratado se destaca por la propia Directiva 2004/18/CE, que los recoge expresamente en su considerando segundo: «(...) principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia».

El TJCE ha subrayado además la importancia de los principios y normas que se derivan del Tratado y ha precisado, en particular, que las directivas de contratación pública tienen por objeto, por una parte, «facilitar la realización en el interior de la Comunidad de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios» y, por otra parte, «garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras y de suministros» (48).

Pero tras la aprobación de la LCSP el principio de interpretación conforme está llamado a desarrollar un decisivo papel para la aplicación de los numerosos conceptos jurídicos indeterminados de la legislación española basados en el derecho europeo (49). Piénsese en este sentido en los conceptos, todos ellos claves para la Ley 30/2007, de poder adjudicador (letras b) y c) del artículo 3.3), sector público (con la cláusula residual de la letra h) del art. 3.1), oferta económicamente más ventajosa (art. 134), consideraciones de

(47) Sobre el procedimiento de recurso en materia de contratación pública, el alcance del control jurisdiccional y el principio de eficacia, véase la STJCE de 2 de junio de 2005, en el asunto C-15/04.

(48) Sentencias de 10 de marzo de 1987, en el asunto 199/85, Comisión contra Italia, y de 17 de noviembre de 1993 en el asunto 71/92, Comisión contra España.

(49) Sobre esta importancia en la legislación anterior véase BAÑO LEÓN, J. M., «La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», *RAP* n.º 151 (2000).

tipo medioambiental o de tipo social como condiciones especiales de ejecución de los contratos (art. 102), ofertas con valores anormales o desproporcionados (art. 136)...

En este sentido, hay que tener en cuenta que, por ejemplo, las nociones utilizadas «a los efectos de esta ley» por las letras h) del artículo 3.1 y b) del artículo 3.3 de la LCSP reproducen la noción de organismo de derecho público, que sirve a su vez para identificar a los poderes adjudicadores, de las directivas comunitarias (apartado 9 del artículo 1 de la Directiva 2004/18/CE y apartado 1.a) del artículo 2 de la Directiva 2004/17/CE) (50). La jurisprudencia comunitaria ha interpretado «in extenso» estos conceptos de Derecho comunitario (véanse, por todas, las SSTJCE 15 de mayo y 16 de octubre de 2003 y de 13 de enero de 2005).

Por lo que se refiere al concepto jurídico indeterminado de «oferta económicamente más ventajosa» —ahora incorporado por la LCSP como criterio de valoración de las ofertas en el artículo 134, aplicable incluso en los procedimientos negociados, como precisa el apartado 4 del artículo 162, y en el diálogo competitivo, como aclara el artículo 167.2—, la jurisprudencia comunitaria ha precisado que las entidades adjudicadoras deben mencionar, en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, los criterios de adjudicación que vayan a aplicar (STJCE de 24 de enero de 2008, asunto C-532/06), lo que han recogido las directivas de contratos. Pues bien, esta obligación, interpretada a la luz del principio de igualdad de trato de los operadores económicos, y de la obligación de transparencia que se desprende de éste, exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos (51).

En efecto, los licitadores potenciales deben poder conocer la existencia y alcance de dichos elementos en el momento de preparar sus ofertas (52).

(50) Acerca del ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP, véase la muy clarificadora Circular 1/2008, de 3 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

(51) Véanse en este sentido, en relación con los contratos públicos en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, la sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartado 88; en relación con los contratos públicos de obras, la sentencia de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 98, y, en relación con los contratos públicos de servicios, la sentencia de 24 de noviembre de 2005, ATI EAC y Viaggi di Maio y otros, C-331/04, Rec. p. I-10109, apartado 24.

(52) En relación con los contratos públicos de servicios, puede verse las sentencias Concor dia Bus Finland, de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99, apartado 62, y la anteriormente citada ATI EAC y Viaggi di Maio y otros, apartado 23.

Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de atribución que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores (53).

En definitiva, los licitadores deben hallarse en pie de igualdad a lo largo de todo el procedimiento, lo que implica que los criterios y condiciones que rigen cada contrato han de ser objeto de una publicidad adecuada por parte de las entidades adjudicadoras.

(53) Véase, por analogía, en relación con los contratos públicos de obras, la sentencia *Universale-Bau* y otros, antes citada, apartado 99.

(54) Véanse en este sentido, en relación con los contratos públicos de obras, las sentencias, antes citadas, *Beentjes*, apartado 21, y *SIAC Construction*, apartado 34, así como, en relación con los contratos públicos de servicios, la sentencia *ATI EAC y Viaggi di Maio* y otros, antes citada, apartado 22.